

**Art. 96 Wettbewerbspolitik***Andreas Heinemann*<sup>\*</sup>

<i>Aktueller Text</i>	<i>Neuer Text</i>
Art. 96 Wettbewerbspolitik	Art. 96 Schutz des Wettbewerbs
<sup>1</sup> Der Bund erlässt Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen.	<sup>1</sup> Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Kartell- und Wettbewerbsrechts ist Sache des Bundes.
<sup>2</sup> Er trifft Massnahmen:	<sup>2</sup> Er erlässt Vorschriften
a. zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts;	a. zum Schutz wirksamen Wettbewerbs;
b. gegen den unlauteren Wettbewerb.	b. gegen die wettbewerbswidrige Gestaltung von Preisen;
	c. gegen den unlauteren Wettbewerb.

*Ausgangslage*

Durch Art. 96 BV wurden die zuvor getrennt geregelten Zuständigkeiten des Bundes für das Kartell- und Preisüberwachungsrecht in einem Artikel konzentriert und um das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb ergänzt. Die Vorschrift räumt dem Bund also die Gesetzgebungskompetenz auf den Gebieten des Kartell-, Preisüberwachungs- und Lauterkeitsrechts ein.<sup>1</sup> Die Rede vom "Kartellartikel" der Bundes-

<sup>\*</sup> Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Zürich, Präsident der Wettbewerbskommission. Der Verfasser bringt seine persönliche Auffassung zum Ausdruck.

<sup>1</sup> Die Terminologie ist uneinheitlich: Hier ist mit „Kartellrecht“ das Kartell- und Preisüberwachungsrecht, mit „Wettbewerbsrecht“ in einem engeren Sinn das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb gemeint. Der Begriff „Wettbewerbsrecht“ wird häufig auch in einem weiteren Sinn verwendet: Dann umfasst er alle genannten Materien.

verfassung ist folglich als prägnante Bezeichnung *pars pro toto* zu verstehen; der Begriff "Wettbewerbsartikel" umschreibt den Regelungsbereich hingegen umfassender und damit präziser. Im System des Wirtschaftsverfassungsrechts hat der Wettbewerbsartikel folgende Stellung: Während die Verbürgung der Wirtschaftsfreiheit in den Art. 27 und 94 BV die unternehmerische Initiative vor staatlichen Beschränkungen schützt, verteidigt Art. 96 BV den Wettbewerb gegen Beschränkungen und Verzerrungen durch Unternehmen (im Recht des unlauteren Wettbewerbs auch durch unbeteiligte Dritte wie Konsumenten, Medien oder die Wissenschaft). Adressat kartellrechtlicher Normen ist also stets das (private oder öffentliche) Unternehmen.

Art. 96 BV hat sich grösstenteils bewährt: Auf ihm gründen das Kartellgesetz (KG), das Preisüberwachungsgesetz (PüG) und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sowie die einschlägigen Nebenerlasse. Diese Gesetze sind keine Papiertiger, sondern prägen die Realität des Wirtschaftslebens. Problematisch an Art. 96 BV sind allerdings die inhaltlichen Vorgaben, die der Verfassungsgeber dem Gesetzgeber auf dem Gebiet des Kartell- und Preisüberwachungsrechts mit auf den Weg gibt: Der Bund solle "Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen" erlassen, und er solle "Missbräuche[...] in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts" verhindern. Offenbar legt der Verfassungsgeber den Gesetzgeber an die Leine: Anders als z.B. bei den zentralen Materien des Zivil- und Strafrechts, für die dem Bund kurz und bündig die Zuständigkeit erteilt wird, ohne dass eine bestimmte Richtung vorgegeben wird (s. Art. 122 und 123 BV), soll der Gesetzgeber bei der Wettbewerbsgesetzgebung bestimmte Wegweiser respektieren. Art. 96 BV ist also (abgesehen von der lauterkeitsrechtlichen Komponente, die ohne solche Vorgaben auskommt) eine "Kompetenzbestimmung mit einer materiellen Direktive".<sup>2</sup>

Dies wäre nicht weiter zu beanstanden, wenn die materielle Direktive klar und zeitlos wäre. Dies ist allerdings nicht der Fall: Was mit der Stossrichtung "gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen" gemeint ist, wird – immer noch – kontrovers diskutiert, und die Formulierung stammt aus einer Zeit, in der die Schweiz das "Land der Kartelle" war.<sup>3</sup> Auch wenn dem Bundesgericht beispielsweise im *Gaba*-Urteil eine klare und zeitgemässe Interpretation des "Kartellartikels" gelungen ist, ist *de constitutione ferenda* eine Verschlinkung des Wettbewerbsartikels und damit die Beseitigung des Fehlinterpretationspotentials wünschenswert.

<sup>2</sup> BGE 143 II 297 (322 f.).

<sup>3</sup> S. z.B. den eindrücklichen Befund in der Botschaft zum KG 1962, BB1 1961 II 553 (556) und die Zahlenangaben der Preisbildungskommission, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Bern 1957, S. 52.

## *Kartellrecht*

Der Wortlaut von Art. 96 Abs. 1 BV geht im Wesentlichen auf Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 3 lit. d aBV zurück, der als einer der "neuen Wirtschaftsartikel" 1947 von Volk und Ständen angenommen worden war. Die Festlegung der Kartellgesetzgebung auf die Bekämpfung der "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen" geht auf eine im Grundsatz positive Haltung zu den Kartellen zurück. Die Botschaft zu den neuen Wirtschaftsartikeln hielt fest, "dass es sich nicht etwa um eine Verhinderung oder Bekämpfung des Kartellwesens an sich handeln kann, sondern lediglich um eine Kontrolle der Kartelle, insbesondere um die Einführung einer gewissen Publizitätspflicht und um die Bekämpfung vorkommender Missbräuche und Auswüchse."<sup>4</sup> Die Kartellierung wurde also als Ordnungsprinzip der Wirtschaft akzeptiert ("System der Gruppenvereinbarungen"), nur Übertreibungen sollte entgegengetreten werden. Der Vorbehalt zu Beginn von Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 3, nach dem nötigenfalls von der Handels- und Gewerbefreiheit abgewichen werden könne, machte deutlich, dass nicht die Kartelle, sondern das Kartellrecht als Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit eingeschätzt wurde.

Die Bundesverfassung 2000 brachte einen konzeptionellen Wandel: Der erwähnte Vorbehalt wurde gestrichen, womit die neue Verfassung zum Ausdruck bringt, dass das Kartellrecht nicht im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit steht, sondern diese vielmehr nachhaltig sichert. Wirtschaftliche Freiheit umfasst nicht das Recht, diese Freiheit durch Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen wieder aufzuheben. Wie alle anderen Rechte hat auch die Wirtschaftsfreiheit immanente Schranken, die u.a. durch das Kartellrecht konkretisiert werden. Die ältere Auffassung, nach der Kartellrecht vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweicht, verkannte das Freiheitsparadoxon und findet in der neuen Bundesverfassung keine Stütze mehr.

Die Formel der "volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen" wurde allerdings aufrechterhalten. Bis zum heutigen Tag wird hieraus von manchen abgeleitet, dass das schweizerische Kartellrecht im Gegensatz zu den wichtigsten anderen Kartellrechtsordnungen dem Missbrauchs- und nicht dem Verbotsprinzip folge. Das Missbrauchsprinzip wird geradezu gleichgesetzt mit einer auswirkungsorientierten Anwendung des Kartellrechts. Diese Sichtweise ist nicht haltbar: Das Missbrauchsprinzip stammt aus der kartellfreundlichen Zeit, lässt Wettbewerbsbeschränkungen, auch gravierende, zunächst zu und räumt den Rechtsanwendungsinstanzen lediglich das Recht ein, bei Missbrauch hiergegen einzuschreiten. Direkte Sanktionen sind mit dem Missbrauchsprinzip konzeptionell nicht vereinbar, da Rechtswidrigkeit erst mit rechtskräftigem Behördenentscheid eintritt. Mit der Einführung der direkten Sanktionen

<sup>4</sup> Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 10.9.1937, BBl 1937 II 833 (889).

durch die KG-Revision von 2003 ist das Kartellgesetz von 1995, das ursprünglich tatsächlich dem Missbrauchsprinzip folgte, zum Verbotprinzip übergegangen.<sup>5</sup>

Dies war allerdings eine autonome Entscheidung des Gesetzgebers. Aus dem Kartellartikel der Bundesverfassung folgt keine Grundentscheidung für das Missbrauchs- oder das Verbotprinzip. Diese Einsicht entsprach bereits der überwiegenden Auffassung zum Kartellartikel der alten Bundesverfassung und wurde in der Botschaft zur Bundesverfassung 2000 ausdrücklich festgehalten: Zu den Mitteln der Kartellpolitik äussere sich der Kartellartikel nicht, der Gestaltungsspielraum des Kartellgesetzgebers sei beträchtlich. Er könne auch partiell das Mittel des Kartellverbots einsetzen; nur eine generelle Untersagung von Wettbewerbsabreden (z.B. durch ein Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt, wie seinerzeit in der EU) sei ausgeschlossen.<sup>6</sup> Art. 96 Abs. 1 BV ist also eine "Zielnorm", die dem Gesetzgeber das (einleuchtende) Ziel vorgibt, mit dem Kartellrecht Schaden von Volkswirtschaft und Gesellschaft fernzuhalten, ihm aber bei der Wahl der Mittel grossen Spielraum belässt.<sup>7</sup>

Es erscheint an der Zeit, die oben skizzierten Entwicklungen auch verfassungsrechtlich nachzuvollziehen. Zu verbreitet ist das Missverständnis, die Formulierung des Kartellartikels würde dem Schweizer Gesetzgeber das Missbrauchsprinzip vorgeben. Teilweise wird der Rede von den "schädlichen Auswirkungen" sogar ein streng auswirkungsbezogener Ansatz in der Einzelfallbeurteilung entnommen, obwohl der von der *Chicago School* ab den 1970er Jahren entwickelte *effects-based approach* dem Verfassungsgeber der neuen Wirtschaftsartikel im Jahr 1947 nicht bekannt sein konnte, und obwohl selbst dem US-amerikanischen Recht – wie allen anderen Kartellrechtsordnungen auch – eine Mischung aus form- und wirkungsbasierten Elementen zugrunde liegt.

Der Hinweis auf die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen sollte deshalb gestrichen und durch eine blosser Zuweisung der Kartellrechtskompetenz an den Bund ersetzt werden. Eine "materielle Direktive" sollte insoweit aufrechterhalten werden, als der Gesetzgeber auf den Schutz "wirksamen Wettbewerbs" verpflichtet wird. Diese Formulierung erscheint einerseits allgemein akzeptiert und andererseits hinreichend offen, um auf künftige Entwicklungen reagieren zu können.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Zu den Hintergründen und weiteren Implikationen s. ANDREAS HEINEMANN, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts, ZSR, Band 135 (2016) I, 431 (442 ff.).

<sup>6</sup> Botschaft über eine Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 (301). Im selben Sinn BGE 135 II 60 (67) und BGE 143 II 297 (320 ff.).

<sup>7</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I 468 (501 f.).

<sup>8</sup> Eingehend zu diesem Begriff s. PETER HETTICH, "Wirksamer Wettbewerb" – Theoretisches Konzept und Praxis, Bern 2003.

### *Preisüberwachung*

Die Preisüberwachung ist eine helvetische Spezialität, die direktdemokratisch legitimiert ist<sup>9</sup> und sich in der Praxis bewährt hat. Die wettbewerbspolitische Grundausrichtung (im Gegensatz zum ursprünglichen konjunkturpolitischen Ansatz) ist allgemein akzeptiert. Änderungsbedarf gibt es deshalb lediglich in Bezug auf die veraltete organisationsrechtliche Formulierung (die im Kartellverfassungsrecht durch die BV 2000 überwunden wurde). Ausserdem sollte der Begriff des "Missbrauchs" in der Preisbildung durch eine zeitgemässe Formulierung ersetzt werden: Erstens ist der Missbrauchsbegriff aus den im Zusammenhang mit dem Kartellrecht geschilderten Gründen sachwidrig konnotiert, und zweitens sollte die Preisüberwachung nicht nur beim Missbrauch marktbeherrschender Stellungen, sondern auch bei den unzulässigen Wettbewerbsabreden greifen. Abzustellen ist im Verfassungstext folglich auf die Wettbewerbswidrigkeit der Preisgestaltung.

### *Recht gegen den unlauteren Wettbewerb*

Die BV 2000 hat erstmals eine ausdrückliche Bundeskompetenz für das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb geschaffen. Zuvor wurde diese Kompetenz im Wesentlichen aus der Zuständigkeit für die Regelung der privatrechtlichen Erwerbstätigkeit (heute Art. 95 Abs. 1 BV) abgeleitet. Die Zuständigkeitsnorm zum Lauterkeitsrecht ist also die modernste Vorschrift im Wettbewerbskontext. Man könnte Überlegungen zu der Frage anstellen, ob der Begriff des "lauteren" oder "unlauteren" Wettbewerbs heute noch zeitgemäss ist, oder ob er vor dem Hintergrund der UWG-rechtlichen Grundlagendiskussion zwischen geschäftsmoralischem und wettbewerbsfunktionalem Ansatz antiquiert ist. Der Begriff wird aber allgemein und auch international verwendet, so dass kein verfassungsrechtlicher Handlungsbedarf erkennbar ist. Im Gegenteil: Der klaren und knappen Ausdrucksweise kommt Modellcharakter für das Kartell- und Preisüberwachungsrecht zu.

### *Fazit*

Die Zuständigkeitsnormen für das Kartell- und Preisüberwachungsrecht sind zu entschlacken und zu aktualisieren. Insbesondere sollten im Kartellrecht alle Reminiszenzen an die überwundene Zeit der Kartelle getilgt werden. Ausserdem sollte der Titel der Vorschrift von "Wettbewerbspolitik" in "Schutz des Wettbewerbs" geändert werden, da die Normen des Kartell- und Wettbewerbsrechts, um die es hier geht, nur einen Ausschnitt des Gesamtgebiets der Wettbewerbspolitik bilden. Das Ergebnis wäre eine verschlankte Zuständigkeitsnorm, die dem Gesetzgeber ein Mandat erteilt, ihm aber die nötige Freiheit bei der Ausgestaltung der Gesetze überlässt.

<sup>9</sup> Volksabstimmung vom 28.11.1982 über die Volksinitiative zur Verhinderung missbräuchlicher Preise (Volk: 56.1 % Ja sowie 17 Ständesstimmen Ja gegen 6 Nein).

Die "Fair-Preis-Initiative" schlägt eine Ergänzung des Kartellartikels um neue materielle Direktiven vor.<sup>10</sup> Ohne einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit den Anliegen der Initiative vorgreifen zu wollen, ist aus der verfassungsrechtlichen Perspektive festzuhalten, dass eine solche Ergänzung dem hier verfolgten Ziel nach Knappheit zuwiderläuft. Dies ist aber nur eine Konsequenz aus der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Volksrechte: Die Abwesenheit der Gesetzesinitiative (auf Bundesebene) sorgt für ein gesteigertes Mitteilungsbedürfnis im Verfassungstext. Hier handelt es sich allerdings um ein Dauerthema, welches über das Bestreben nach der idealen Ausgestaltung einer einzelnen Verfassungsnorm weit hinausgeht.

<sup>10</sup> Eidgenössische Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)», BBl 2016 7093, BBl 2018 217.